

MARGHERITA RAMAJOLI
LEGITTIMAZIONE AD AGIRE E RILEVABILITÀ D'UFFICIO
DELLA NULLITÀ (*)

in **Dir. proc. amm.**, fasc.4, 2007

Sommario: 1. Quesiti generali e questioni applicative. - 2. Impossibilità di distinguere l'azione di nullità dall'azione di annullamento nel giudizio amministrativo sotto il profilo della legittimazione. - 3. Rilevabilità d'ufficio della nullità, effetti vantaggiosi per l'amministrazione resistente e problemi di disapplicazione. - 4. Conclusioni critiche.

1. L'istituto della nullità del provvedimento amministrativo introdotto dall'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990 solleva principalmente una domanda di senso.

Di fronte a tale disposizione si è infatti naturalmente portati a interrogarsi su quale sia stato l'intendimento con cui il legislatore si è risolto a introdurre la nullità del provvedimento, su quali potrebbero esserne le implicazioni processuali e su quale rilievo essa potrebbe assumere rispetto all'opposta e dominante figura dell'annullabilità.

L'art. 21-*septies* pone il problema di stabilire quali siano la collocazione e la ragion d'essere di un siffatto istituto nel sistema generale del diritto amministrativo, mentre le questioni applicative restano relegate ai margini.

Ciò corrisponde a un effettivo contrasto tra la limitata rilevanza pratica della nullità, o almeno della nullità disegnata dall'art. 21-*septies*, e la sua notevole importanza teorica.

Se l'art. 21-*septies* provoca principalmente una domanda di senso, è vero però che tale domanda può essere affrontata da diversi lati: un quesito di portata generale riceve luce anche attraverso l'analisi di questioni più minute.

In particolare, il funzionamento pratico dell'istituto della nullità in quanto tale dipende strettamente dalle due questioni intimamente connesse della legittimazione a proporre l'azione di nullità e della sua rilevabilità d'ufficio. Si

propone pertanto essenzialmente un rovesciamento di prospettiva: affrontare le questioni applicative ora menzionate prima di azzardare alcune considerazioni di carattere generale sull'essenza dell'istituto.

2. In un'epoca in cui l'esistenza di atti amministrativi nulli era ancora posta in forte dubbio, la categoria della nullità era stata vista come strumento per «ampliare... l'ambito di operatività del principio di azionabilità e di tutela degli interessi degli amministrati nei confronti di taluni atti dell'amministrazione» (1).

In effetti, se si confronta il regime della nullità con quello dell'annullabilità, il primo pare consentire un ampliamento delle possibilità di far valere l'invalidità dell'atto amministrativo da parte dei cittadini. In prospettiva, un'estensione del regime della nullità potrebbe essere considerato come un miglioramento della tutela del cittadino nei confronti del potere amministrativo.

Specularmente, un tale ampliamento potrebbe essere anche visto con preoccupazione, in quanto sembrerebbe pregiudicare la stabilità del provvedimento e con essa la certezza dei rapporti di diritto amministrativo.

È dunque naturale chiedersi come si collochi la nullità disciplinata dall'art. 21-*septies* rispetto a queste alternative, concentrandosi dapprima sulla legittimazione e in un secondo momento sulla rilevabilità d'ufficio.

È osservazione scontata che l'azione di nullità nel processo amministrativo non si presenta come omogenea; pertanto, il tema della legittimazione ad agire e della rilevabilità d'ufficio non si pone sempre nella medesima maniera (2).

Nel caso di violazione ed elusione del giudicato la qualifica di nullità dei relativi atti è sicuramente a garanzia del privato, che non si trova costretto ad impugnare tali atti nel breve termine di decadenza.

In tal caso, tuttavia, la legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità è talmente circoscritta che per sua natura spetta alle sole parti cui il giudicato si riferisce; unicamente le parti sono legittimate a proporre giudizio di ottemperanza e a far valere, nei confronti dell'atto amministrativo difforme, il vizio di violazione del giudicato (3).

Si osservi incidentalmente che la scelta, giurisprudenziale prima e legislativa poi, a favore della nullità del provvedimento elusivo o in contrasto con il giudicato non è l'unica opzione possibile a tutela del privato; è stato evidenziato che «la pretesa nullità» è «soltanto una formula vuota utilizzata per giustificare l'abbandono della (supposta) regola per cui il giudizio di ottemperanza sarebbe impedito dalla necessità di rispettare il termine di decadenza», mentre «la via del giudizio di ottemperanza è percorribile anche quando l'Amministrazione emetta provvedimenti in violazione del giudicato, giacché ogni comportamento che non costituisce attuazione puntuale della sentenza è inadempimento sanzionabile con il ricorso in questione» (4).

Pertanto, il caso della nullità per violazione ed elusione del giudicato si presenta sicuramente eccentrico nel contesto dell'art. 21-septies.

Più interessanti ai nostri fini sono le altre ipotesi di azione di nullità (per difetto assoluto di attribuzione, per mancanza degli elementi essenziali e testuali), dove, in via del tutto astratta, non sussistono ostacoli a riconoscere la legittimazione ad agire a chiunque vi abbia interesse, sulla falsariga di quanto dispone la disciplina codicistica (art. 1421 c.c.).

Per quanto la norma non dica nulla circa il regime applicabile alla nullità dell'atto amministrativo, è facile percepire in essa un implicito rinvio alla disciplina civilistica. Del resto, la contrapposizione tra atto nullo e atto annullabile istituita dagli artt. 21-septies e 21-opties appare di chiara ispirazione codicistica. Nel silenzio del legislatore quanto a disciplina del giudizio di nullità il codice civile fornisce quindi il paradigma di carattere generale cui far riferimento: la disciplina codicistica della nullità, che è disciplina di diritto positivo, diviene così disciplina di teoria generale della nullità.

Se non vi sono ostacoli ad attribuire la legittimazione a proporre l'azione di nullità a chiunque vi abbia interesse, tuttavia, con riferimento a qualsivoglia processo, l'affermazione secondo cui ogni interessato può agire e far rilevare la nullità deve fare i conti con i consueti limiti espressi dall'art. 100 c.p.c. («per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse»).

È principio acquisito quello secondo cui la legittimazione generale all'azione di nullità non esime il soggetto che propone tale azione dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (5).

Si badi bene che con questa affermazione siamo ancora nell'ambito della nozione di nullità assoluta e non si sconfina nella nullità relativa.

Infatti, si ha propriamente (ed eccezionalmente) nullità relativa quando i soggetti legittimati sono tassativamente indicati e quindi l'azione è esperibile soltanto da essi. Ciò perché si ritiene che la miglior tutela degli interessi generali sia affidata all'intervento di quei determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari, come nel caso delle nullità matrimoniali (6); oppure perché essa è predisposta per la tutela della parte contrattuale debole, alla quale si concede vuoi di avvalersi del rimedio della nullità, vuoi di approfittare della clausola invalida, come nel caso delle nullità di protezione di cui all'art. 36 del Codice del consumo (7).

In ogni caso le nullità relative non portano alcun sovvertimento del sistema, dal momento che la legittimazione relativa ad agire è prevista in termini generali già dall'art. 1421 c.c., il quale, pur stabilendo che «la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse», fa salve le diverse disposizioni di legge (8).

Nel caso delle azioni di nullità assoluta legittimazione e interesse ad agire coincidono: i soggetti legittimati ad una determinata azione sono individuati proprio attraverso l'interesse ad agire (9).

Il fatto che l'azione di nullità sia proponibile «da chiunque vi abbia interesse» non significa che essa giunga a configurarsi come un'azione di tipo popolare, attribuita a *quivis de populo*; si tratta invece del conferimento della legittimazione attiva ad una categoria più ampia rispetto a quella costituita da coloro che hanno partecipato all'atto che si assume nullo, ma pur sempre limitata dall'interesse ad agire, consistente nella necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale di una propria posizione soggettiva e il conseguente danno alla propria sfera, derivante come effetto dell'atto di cui si deduce la nullità.

Del resto, la pronuncia di nullità è una pronuncia dichiarativa ed è pacifico che le azioni di mero accertamento sono proponibili solo quando «in concreto sussiste il bisogno di conseguire una certezza giuridica circa l'esistenza di un proprio diritto o l'esclusione di una pretesa altrui, il che presuppone uno stato di incertezza obiettiva e non meramente interna o soggettiva, in ordine all'esistenza, al contenuto o alle modalità di un rapporto giuridico, tale da determinare un

pregiudizio attuale rispetto alla temuta lesione del diritto, per la cui eliminazione sia necessaria la pronuncia del giudice» (10).

Pur essendo necessario conciliare l'art. 1421 c.c. con l'art. 100 c.p.c., rimane comunque fermo che la legittimazione a proporre l'azione di nullità assoluta è conferita ad una categoria estesa ad una sfera di soggetti più ampia rispetto a quella costituita da coloro che hanno posto in essere il negozio nullo.

Dunque, anche di fronte ad un atto amministrativo nullo ci dovremmo ragionevolmente aspettare un ampliamento della sfera dei soggetti legittimati a farne valere in giudizio la nullità.

Invece, a causa del differente punto di partenza rispetto al processo civile, nel processo amministrativo la legittimazione generale configurata dall'art. 1421 c.c. finisce per perdere gran parte della sua pregnanza.

Infatti, nel diritto civile legittimati sono anzitutto i soggetti che hanno posto in essere il negozio giuridico nullo, i quali possono essere interessati a far valere la nullità in via autonoma o per contestare l'azione della controparte fondata sul contratto.

La legittimazione ad agire è poi riconosciuta dall'ordinamento anche a quei terzi estranei, che, «ricevendo un pregiudizio giuridicamente apprezzabile dalla permanenza dell'incertezza sull'inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti tipici, dimostrino un proprio concreto interesse ad agire» (11).

Legittimati sono quindi i terzi pregiudicati dal contratto, ai quali sarebbe opponibile il contratto nullo. Ad esempio, i creditori hanno interesse a far dichiarare la nullità dell'atto di alienazione di un bene del loro debitore, ma anche i singoli consumatori, parti di contratti di assicurazione, hanno interesse ad esperire azioni di nullità ex art. 33, comma 2, della legge *antitrust* nei confronti dell'impresa assicuratrice che si sia resa partecipe di un'intesa concorrenziale, rispetto alla quale il consumatore è ovviamente terzo estraneo (12).

Nel giudizio civile è vistosamente percepibile la distinzione tra nullità e annullamento in ordine alla legittimazione, dal momento che si riserva la legittimazione all'annullamento ad una cerchia assai ristretta di interessati («l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge» recita l'art. 1441 c.c.), mentre, come si è visto,

legittimata a proporre azione di nullità è anche la (potenzialmente) ampia categoria di terzi diversi dalle parti del contratto (13).

La demarcazione assai netta fra i due tipi di invalidità consente di dare un senso ben preciso all'azione di nullità nel processo civile.

La situazione muta radicalmente quando la nullità e l'annullabilità si confrontano sul terreno dell'atto amministrativo.

Nel caso di azioni di nullità tipicamente pubblicistiche (per mancanza degli elementi essenziali dell'atto amministrativo - così marginale da apparire scolastica (14) - o per difetto assoluto di attribuzione) sicuramente il destinatario del provvedimento ha interesse ad ottenere una pronuncia dichiarativa della nullità, qualora dall'atto nullo discendano effetti materiali concreti comunque pregiudizievoli nei suoi confronti, occasionati, ad esempio, dall'esecuzione dell'atto nullo (15).

Tuttavia nel processo amministrativo di legittimità ampi spazi di tutela hanno ottenuto non solo i destinatari diretti del provvedimento amministrativo, ma anche i terzi, le cui posizioni hanno sempre ricevuto una considerazione più ampia di quanto non accada nel campo dei rapporti privati, specie a causa del rilievo non meramente individuale degli interessi coinvolti (16).

In tale processo la legittimazione a far valere l'annullabilità del provvedimento è tradizionalmente assai più ampia rispetto a quella prevista per il negozio annullabile. Anzi, si può proprio dire che la caratteristica saliente dell'interesse legittimo sia quella far capo normalmente anche a soggetti terzi rispetto ai destinatari immediati degli effetti dell'atto amministrativo.

Ne discende che se la contrapposizione tra nullità e annullabilità si dovesse misurare anche nel diritto amministrativo in base alla maggiore ampiezza della legittimazione della prima rispetto alla seconda, allora si dovrebbe pensare a una sfera di legittimati ancora più ampia di quella che già consente l'azione per l'annullamento del provvedimento illegittimo.

Siccome però oltre la sfera della legittimazione consentita nel processo amministrativo di legittimità c'è soltanto quella tipica dell'azione popolare, nel diritto amministrativo appare davvero difficile rinvenire una differenza tra nullità e annullabilità sotto il profilo della legittimazione.

Dal momento che la legittimazione nel processo amministrativo è già ampia quanto quella massima che la giurisprudenza civile riconosce per l'azione di nullità, non è probabile che la giurisprudenza amministrativa si orienti in futuro a interpretare la norma sulla nullità come un mezzo per allargare ulteriormente la sfera dei soggetti abilitati a contestare i provvedimenti amministrativi e, quindi, per allargare i confini della sindacabilità.

È indicativo in proposito uno dei rari casi in cui finora si è discusso del problema della legittimazione a far valere la nullità del provvedimento.

Il giudice amministrativo ha dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione il ricorso presentato da alcuni privati, in qualità di contribuenti, residenti in un dato Comune, nonché utenti, fruitori dei servizi pubblici comunali, per far valere la radicale nullità per incompetenza assoluta della compravendita delle azioni di una S.p.a., frutto della trasformazione dell'azienda speciale che gestiva i servizi pubblici di igiene urbana. La questione è stata liquidata con la sintetica affermazione secondo cui la legittimazione generale all'azione di nullità «non esime l'attore dal dimostrare il proprio concreto interesse ad agire» (17).

A ben vedere il rischio che si sarebbe corso nel caso di specie riconoscendo la legittimazione ad agire sarebbe stato quello di consentire la promozione di un'azione popolare correttiva, fondata unicamente sull'interesse al rispetto della legalità. Ma si è già osservato come la giurisprudenza ordinaria sia ferma nello stabilire che la legittimazione all'azione di nullità postula l'interesse dell'istante e cioè la sua esigenza di rimuovere una situazione pregiudizievole su determinate posizioni giuridiche, non potendo l'azione essere promossa sulla sola base della denuncia di irregolarità; e questo vale anche per il socio nei confronti delle delibere societarie (18).

Il caso citato dimostra quanto sia vano sperare che la semplice menzione legislativa della figura della nullità possa ampliare l'ambito dell'azionabilità nei confronti del potere amministrativo, nella direzione indicata dalla dottrina sopra citata.

Eppure, il tema della legittimazione degli utenti a contestare gli atti di organizzazione dei servizi è proprio uno degli esempi più significativi, specie dopo l'emanazione degli artt. 2 e 101 del Codice del consumo, in cui si avverte maggiormente l'esigenza di definire una sfera di legittimazione intermedia tra

quella basata sull'interesse differenziato e quella consentita dall'azione popolare (19).

Ma uno spunto a riflettere maggiormente su questi problemi non verrà certo alla giurisprudenza dall'art. 21-*septies*. Sotto questo profilo l'introduzione dell'azione di nullità non innova rispetto al quadro consegnatoci dal tradizionale giudizio impugnatorio.

3. La riflessione non può però arrestarsi a questo punto, poiché se sul versante della legittimazione appare fermo che il mero interesse alla legalità non sia sufficiente a giustificare la proposizione dell'azione di nullità, quando viceversa si tratta della rilevabilità d'ufficio della nullità questo limite sembra cadere.

È stato infatti lo stesso giudice amministrativo, in materia di rilevabilità d'ufficio delle nullità testuali, a porre in dubbio il principio per il quale la nullità non sia accertabile in giudizio al solo fine di tutelare la legalità.

Va subito detto che la giurisprudenza in questione è relativa ad una materia, quella del pubblico impiego, privatizzata: oggi gli atti di assunzione e di gestione del rapporto di impiego alle dipendenze dell'amministrazioni hanno natura privatistica e sono devoluti al giudice ordinario (20).

Ma, in primo luogo, vi è ancora un'ampia fetta di personale non contrattualizzato; inoltre, le controversie afferenti alle procedure concorsuali continuano a rientrare nella normale giurisdizione di legittimità; ancora, vi sono alcuni atti in materia che rimangono provvedimentali, come gli atti di conferimento di incarichi esterni in mancanza della previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, trattandosi di atti emanati da amministrazioni diverse da quella che esercita la potestà di datore di lavoro del singolo dipendente (art. 53, comma 8, d.lgs. n. 165/2001); infine, la *ratio* alla base della giurisprudenza in tema di pubblico impiego è la medesima anche per altre ipotesi di nullità testuali, quali la nullità degli atti amministrativi privi di copertura finanziaria (artt. 191 ss. d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, TUEL) (21).

Pertanto la giurisprudenza in esame presenta ancora sicuramente interesse e rilevanza per la tematica dell'azione di nullità nel processo amministrativo.

Come è noto, dopo che per lungo tempo in passato le previsioni normative di nullità dell'atto amministrativo erano state reinterprete come previsioni di annullabilità, nel 1992 l'Adunanza plenaria ha iniziato a qualificare come nulle l'assunzione nel pubblico impiego senza il previo concorso, la costituzione di un rapporto di pubblico impiego non di ruolo, nonché l'assegnazione del dipendente a mansioni proprie di una qualifica superiore, effettuate al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge (22).

È la stessa Adunanza plenaria a chiarire la ragione alla base di questo mutamento di giurisprudenza: solo la nullità si palesa strumento idoneo «allo scopo di garantire il ripristino della legalità, in quanto mancano i soggetti interessati alla rimozione dei provvedimenti adottati *contra legem*». Mentre l'annullabilità è «la qualificazione tradizionale del provvedimento non conforme a legge, idoneo a ledere anche interessi particolari», al contrario la nullità risponde alla «esigenza di tutela della legalità, con spostamento della garanzia dal polo privatistico a quello pubblicistico, nei casi in cui il provvedimento non conforme a legge favorisce il singolo... e lede, con effetti continuativi, principalmente interessi pubblici, con la conseguenza che la qualificazione di illegittimità... non sarebbe idonea alla tutela della legalità» (23).

Pertanto, alla declaratoria di nullità non si giunge a seguito della proposizione in giudizio della relativa azione, bensì in virtù di un rilievo d'ufficio compiuto dal giudice medesimo ai sensi sempre dell'art. 1421 c.c., di fronte ad una domanda che ha titolo in un rapporto instaurato in violazione di divieti legislativi (ad esempio, il privato propone istanza di inquadramento nella qualifica funzionale superiore, con richiesta delle connesse differenze stipendiali, oppure chiede la trasformazione di un rapporto di lavoro a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato).

Tuttavia, non è vero che la declaratoria giudiziale di questo genere di nullità vada esclusivamente a vantaggio della legalità astrattamente intesa: di essa beneficia concretamente l'amministrazione resistente, in danno del cittadino che sul comportamento dell'amministrazione aveva fatto affidamento (24)(25).

Del resto, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario della Cassazione (almeno fino al 2005) ritiene che il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto debba coordinarsi sia con il principio della domanda (art. 99 c.p.c.), sia con quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) (26).

Questi principi costituiscono un limite assoluto della pronuncia del giudice; solo le eccezioni (27) sono oggetto di pronuncia senza apposita domanda, perché, essendo dirette a negare fatti costitutivi della pretesa attorea o ad affermare fatti impeditivi o estintivi, attengono a situazioni già implicitamente dedotte nella formulazione della domanda.

Quindi, la rilevabilità officiosa della nullità sarebbe ammissibile quando essa contraddice la domanda impedendone l'accoglimento. Qualora, invece, la nullità configuri una ragione che favorisce la pretesa attorea, sia pure in termini diversi da quelli prospettati dalla domanda, essa non opera nel campo delle eccezioni, ma si iscrive nella zona delle difese dell'attore, della domanda che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non ha proposto.

Ne discende che la rilevabilità d'ufficio è consentita quando essa si pone come ragione di rigetto della pretesa dell'attore e ciò si verifica quando l'attore invoca il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente dal contratto. Di contro, ciò non si verifica quando l'attore intendere escludere o eliminare gli effetti del contratto per ragioni diverse dalla nullità, quali l'annullamento, la rescissione o la risoluzione; altrimenti, si attribuirebbe all'attore un risultato superiore a quello rivendicato, in violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Così, secondo un costante indirizzo della giurisprudenza della Corte suprema, la regola della rilevabilità *ex officio* della nullità del contratto sancita dall'art. 1421 c.c. è ritenuta operante solo se è stata proposta l'azione per l'esecuzione del negozio, mentre di fronte alle altre azioni (risoluzione, rescissione, annullamento) la rilevazione della nullità non viene ammessa neppure in via incidentale. Qualora la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, la deduzione, nella prima ipotesi, di una causa di invalidità diversa da quella posta a fondamento della domanda e, nella seconda ipotesi, di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto diverso dall'inadempimento sono da ritenere inammissibili, né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*; facendo applicazione di tali principi, è stata esclusa, ad esempio, la rilevabilità d'ufficio della nullità nelle ipotesi in cui, domandato in giudizio l'annullamento del licenziamento, questo si sia rilevato nullo ad una più attenta analisi dei fatti di causa (28).

Dal canto suo, una parte della dottrina ha tentato di fornire ulteriori argomentazioni a favore di una limitata applicazione del principio della rilevabilità d'ufficio della nullità, collegati al (controverso) fondamento della stessa rilevabilità d'ufficio.

La premessa è che la rilevabilità d'ufficio della nullità, come l'azione, assolve semplicemente la funzione di eliminare quell'indice di appartenenza delle situazioni giuridiche che è il negozio nullo. Con la rilevabilità d'ufficio il legislatore mira, da un lato, ad impedire il formarsi di giudicati sulla validità del negozio nullo, e, dall'altro, ad eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti precari, «salvaguardando così l'ordinato svolgimento del traffico giuridico».

Ravvisando la *ratio* dell'esercizio del potere officioso nella funzione di tutelare la certezza del traffico giuridico e di evitare giudicati instabili, contro il formarsi di apparenze dannose per i terzi che abbiano in animo di acquistare successivamente da chi appaia titolare in forza di un titolo nullo, tale rilevabilità avrebbe senso solo qualora sia chiesta in giudizio l'applicazione o l'esecuzione del contratto nullo, perché unicamente in tal caso l'eventuale accoglimento della domanda proposta è suscettibile di ingenerare confusione circa la validità del contratto. Invece, l'esercizio del potere officioso non sarebbe necessario nel corso di giudizi introdotti da impugnative diverse dalla nullità, in quanto gli effetti prodotti dagli atti sono già interessati da un processo di caducazione, che scongiora qualsiasi coinvolgimento dei terzi (29).

Per sgomberare subito il campo da questa ulteriore argomentazione dottrinale, è dato osservare che la disciplina del giudizio di nullità e il potere di rilevare il vizio trascendono dalla necessità di tutelare il traffico giuridico, come le norme in materia di trascrizione della domanda giudiziale di nullità sembrano dimostrare (30).

Vero è, del resto, che la nullità non è neppure una qualificazione operata in funzione di garanzia dei valori fondamentali del sistema (31); basti pensare al fatto che gli atti privi di elementi essenziali non sono riprovevoli, bensì solo inutili.

Ma soprattutto se la nullità fosse a presidio di valori fondanti del sistema, essa non solo risulterebbe idonea a giustificare l'intervento del giudice anche in contrasto con l'eventuale interesse delle parti all'efficacia dell'atto, ma pure non dovrebbe essere nemmeno condizionata dall'iniziativa delle parti con riguardo all'impulso processuale (32).

Abbandonando l'incerto terreno della presunta *ratio* della rilevabilità d'ufficio, ciò che conta ai nostri fini sottolineare è che la tesi secondo cui la rilevabilità d'ufficio della nullità incontra limiti a seconda della domanda proposta rafforza l'idea di una nullità strumentale agli interessi dell'amministrazione.

Se si accedesse a questa interpretazione anche nel processo amministrativo, ne risulterebbe che la rilevabilità d'ufficio della nullità mai potrebbe porsi a vantaggio del ricorrente, non potendo favorire la pretesa del soggetto che innesca il giudizio, perché la deduzione di una causa di invalidità diversa da quella posta a fondamento della domanda viola il divieto di pronunciare *ultra petita*.

Infatti, come si è detto, finora la rilevazione d'ufficio della nullità è andata a vantaggio dell'amministrazione resistente e non del ricorrente, in quanto contraddice la domanda impedendone l'accoglimento.

Il caso pubblicistico da cui abbiamo tratto le mosse per le precedenti osservazioni conferma questo elemento. Nelle ipotesi considerate il giudice amministrativo rileva d'ufficio la nullità dell'assunzione o, secondo diversa prospettazione, del rapporto di lavoro, di fronte a domande di accertamento dell'esistenza di un rapporto e di condanna al pagamento delle differenze stipendiali. La verifica della nullità del rapporto costituisce una questione pregiudiziale rispetto all'oggetto del contendere, atteggiandosi sul piano logico ad elemento costitutivo della domanda proposta (il *petitum* dedotto in via principale risulta costituito dalla domanda di riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di pubblico impiego) e in tali ipotesi la nullità contraddice la domanda del privato impedendone l'accoglimento.

Anche in un'altra occasione il giudice amministrativo ha affermato che il suo potere di dichiarare d'ufficio la nullità di un provvedimento amministrativo debba essere coordinato con il principio della domanda, sicché il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio la nullità solo se sia in contestazione l'applicazione e l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, mentre l'accertamento d'ufficio di una causa di invalidità diversa da quella posta a fondamento della domanda è inammissibile, ostandovi il divieto di pronuncia *ultra petita*.

Nel caso di specie (particolarmente complesso), il giudice amministrativo aveva rilevato d'ufficio la nullità degli atti di inquadramento quale direttore amministrativo del ricorrente emessi da una Usl, atti disapplicati dalla Regione, la quale, a sua

volta, aveva emesso un atto di inquadramento dell'interessato nella posizione funzionale di collaboratore, dal medesimo impugnato. Il Consiglio di Stato, ritenendo che legittimamente la Regione avesse rilevato la nullità degli atti di inquadramento della Usl, parimente «rileva d'ufficio la nullità degli atti disapplicati».

Il Consiglio di Stato aveva poi precisato che l'accertamento d'ufficio della nullità degli atti di inquadramento della Usl «incide sul titolo e non sull'oggetto della domanda, non contrasta quindi con il divieto di ultrapetizione», perché i ricorrenti hanno proposto «una domanda di cui rappresentava elemento costitutivo l'esecutività e quindi la non nullità degli atti di inquadramento della Usl» (33).

Non vi è alcun dubbio che in questa occasione la rilevazione d'ufficio della nullità sia andata a vantaggio dell'amministrazione resistente e non abbia favorito la pretesa attorea.

Anche sotto questo profilo, l'art. 21-*septies* non sembra diretto a innovare particolarmente rispetto al tradizionale atteggiamento del giudice amministrativo, il quale ha riconosciuto la rilevabilità d'ufficio di atti nulli solo per respingere, mai per accogliere la domanda del ricorrente.

Ma di recente nel diritto processuale civile, anche sulla scia della più accorta dottrina, la tesi giurisprudenziale maggioritaria è stata sottoposta a revisione, ritenendosi che non vi siano ostacoli all'illimitata rilevabilità d'ufficio della nullità a prescindere dalla domanda proposta.

In effetti, anche le domande di risoluzione per inadempimento e di annullamento, al pari della domanda di adempimento o di esecuzione, presuppongono la non nullità del contratto e costituiscono mezzo giuridico per eliminarne, in taluni casi, gli effetti. Di conseguenza, l'accertamento della nullità del contratto si pone come pregiudiziale sia della domanda di adempimento o di esecuzione, sia di quella di annullamento o di risoluzione.

Se si colloca la nullità nell'ambito della domanda, ne deriva che il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità del contratto di cui sia stato chiesto l'annullamento, attiene alla domanda di annullamento stessa e non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c. in relazione al limite che la domanda di parte pone ai poteri di pronuncia del giudice (34).

E difatti nel 2005 la Cassazione ha affermato che la nullità del contratto posto a base di una domanda giudiziale può essere rilevata d'ufficio non solo nel caso in cui la domanda proposta sia quella di esatto adempimento, ma anche nei casi in cui la domanda proposta sia costitutiva nei confronti dello stesso negozio (ossia una domanda di annullamento, o di rescissione, o di risoluzione per inadempimento) (35).

Può quindi il giudice amministrativo rilevare d'ufficio la nullità, senza distinguere in relazione alla domanda proposta dall'attore, ogni qual volta la questione si presenti come pregiudiziale (con la premessa implicita che la questione di nullità condiziona anche la decisione della domanda di annullamento)? In particolare, è possibile che di fronte ad una domanda di annullamento di un provvedimento da parte del ricorrente il giudice qualifichi d'ufficio la fattispecie sottopostagli pronunciando la nullità? È possibile, in altri termini, che del rilievo d'ufficio della nullità benefici non solo l'amministrazione resistente, ma anche, talvolta, il privato ricorrente?

La tematica richiederebbe di affrontare una delle questioni più complesse e controverse in tema di rilevamento d'ufficio della nullità e cioè se si formi o meno il giudicato in materia.

La dottrina civilistica più acuta ha affermato che se, da un lato, il giudice dovrebbe sempre rilevare la causa di nullità, dall'altro, in difetto di una domanda di parte, il giudice non potrebbe pronunciare la nullità: egli può e deve rilevarla, ma solo incidentalmente, con la conseguenza che il giudicato si formerà sulla domanda proposta dalle parti (36).

La giurisprudenza della Cassazione, da parte sua, non è così lineare. Si è visto che essa è divisa al suo interno sulla questione, preliminare, se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità del contratto sempre e in ogni caso, oppure solo se in giudizio è chiesta l'applicazione del contratto.

La posizione che esclude la rilevazione in un giudizio di annullamento (o di risoluzione) è criticabile, oltre che per le ragioni sopra esposte, anche per le conseguenze che essa determina appunto in tema di giudicato. Come è stato efficacemente osservato, la giurisprudenza confonde due piani da tenere distinti: essa, al posto di restringere la formazione del giudicato ai casi in cui l'azione di nullità è proposta ed allargare il rilevamento incidentale d'ufficio della nullità a tutti i casi possibili, estende la formazione del giudicato a tutti i casi in cui la nullità è

rilevabile e poi restringe l'area in cui la nullità è rilevabile ai casi in cui è proposta vuoi l'azione di nullità, vuoi l'azione di adempimento (37).

Ma la tesi (preferibile) favorevole a riconoscere il carattere generale della rilevabilità d'ufficio della nullità non consente parimenti di ottenere risultati appaganti. Essa infatti oscilla tra l'ammettere la rilevazione incidentale della nullità e il rifiutare che la rilevazione d'ufficio della nullità sia fatto diverso dalla declaratoria di nullità.

La Cassazione nel 2005, partendo dalla distinzione tra pregiudiziale in senso tecnico e pregiudiziale in senso logico, ha riconosciuto efficacia di giudicato implicito all'accertata questione pregiudiziale di nullità del contratto (38).

Tuttavia, subito dopo, nel 2006, la medesima sezione della Cassazione ha precisato che il giudicato non copre sia il dedotto sia il deducibile: si ritiene infatti che «l'accettazione *tout court* del principio secondo cui il giudicato implicito va considerato esteso agli antecedenti che della pronunzia costituiscono la premessa o gli indefettibili presupposti logici, precludendo quindi il riesame non solo delle questioni pregiudiziali ex art. 34 c.p.c., ma anche dei cd. diritti pregiudiziali, può condurre a risultati eccessivi» (39).

Se si accede a quest'ultima tesi, che appare sicuramente condivisibile sotto il profilo dei limiti oggettivi del giudicato (40), e la si trasporta nel processo amministrativo, si delinea la possibilità di una rilevazione incidentale da parte del giudice della nullità dell'atto impugnato, la quale altro non è che una sorta di disapplicazione (41).

Anche da questo angolo visuale si finisce per toccare un punto critico del diritto processuale amministrativo. Solo in un caso avrebbe senso la pronuncia d'ufficio della nullità di un atto che sia stato comunque impugnato dal ricorrente, quando cioè l'atto sia stato erroneamente impugnato fuori termine perché non ne era stata percepita l'immediata lesività (un caso analogo, in cui però rilevi la mancata, invece che la tardiva, impugnazione di un provvedimento, potrebbe essere quello della mancata impugnazione di un atto presupposto nel giudizio proposto contro l'atto applicativo per mancata percezione del nesso di presupposizione).

L'importanza di questo profilo è testimoniata dalla casistica giurisprudenziale, nella quale la nullità e la sua rilevabilità d'ufficio sono spesso invocate proprio al fine di

salvare il ricorso dalla scure dell'inammissibilità, nelle ipotesi di maggiore incertezza circa la necessità di impugnare e circa il quando impugnare un provvedimento amministrativo.

Ma il fatto che questi tentativi non abbiano mai avuto successo induce anche sotto questo profilo a dubitare che la disciplina legislativa della nullità possa portare con sé una revisione dei capisaldi del processo amministrativo, pure se si tratta di aspetti effettivamente problematici, che necessiterebbero di un deciso ripensamento.

4. Concludendo, è lecito avanzare dubbi sull'utilità di un'azione di nullità nel processo amministrativo e sulla armonia con cui essa si inserisce nella logica e nella struttura del giudizio amministrativo.

Si è detto che la cerchia dei legittimati ad agire non subisce un ampliamento con il riconoscimento dell'azione di nullità, ma rimane inalterata rispetto a quella esistente nel giudizio di annullamento.

Con il che la specificità della categoria della nullità rispetto a quella della annullabilità è svuotata di contenuto sostanziale. E questo esito appare ancora più evidente se si dovesse dare ascolto a quella tesi dottrinal-giurisprudenziale secondo cui l'applicazione della regola dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità (art. 1422 c.c.) è «una forzatura difficilmente accettabile a fronte di attività comunque amministrativa», suggerendo di far valere la nullità entro il termine di prescrizione ordinaria decennale (42).

Tra l'altro, il fatto che l'azione di nullità non permetta al privato di conseguire un risultato appetibile è dimostrato dalla cospicua giurisprudenza in tema di provvedimenti dell'Autorità di regolazione dell'energia elettrica e del gas. Di fronte ad ipotesi di provvedimenti privi di un immediato e diretto referente normativo, che rientrano a pieno titolo nella nullità provvedimentoale per difetto assoluto di attribuzione, si preferisce sempre far valere l'annullabilità per violazione del principio di legalità (43).

Ancora, la rilevabilità d'ufficio della nullità, impiegata nel particolare contesto pubblicistico, si presta ad essere piegata agli interessi dell'amministrazione.

La previsione di nullità, anziché porsi quale strumento di garanzia, idoneo ad accrescere le possibilità di tutela degli interessi dei privati nei confronti dell'amministrazione, risulta in concreto posta a vantaggio della sola pubblica amministrazione, la quale finisce per beneficiare di atti da lei stessa compiuti in violazione della legge (44).

D'altra parte, la finalità non di ampliare bensì di restringere l'ambito di tutela nei confronti del potere amministrativo appare inscritta nella ragione stessa per cui il legislatore si è risolto ad introdurre una disciplina generale della nullità.

Tale ragione si evince agevolmente dalla lettura della massima giurisprudenziale costantemente ripetuta alla quale il legislatore evidentemente si è ispirato: «l'eccezionale ipotesi di nullità di un atto amministrativo è limitata ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario *ex lege* a costituirlo, quale può essere la radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario. Non può invece parlarsi di inesistenza dell'atto amministrativo allorché si discuta unicamente di vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo, e, perciò, delle modalità di esercizio del potere che fa capo all'amministrazione e di cui questa si è avvalsa; in tali ipotesi il vizio non attiene alla esistenza dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi presupposti e, quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità» (45).

Il legislatore non ha dunque fatto altro che confermare e rendere indiscutibile che la nullità è un istituto eccezionale nell'ambito del diritto amministrativo, congelando in un testo scritto le ipotesi tassative di nullità già individuate dal giudice amministrativo (46).

Solo apparentemente la nullità disciplinata dall'art. 21-*septies* si presenta come un istituto di diritto sostanziale.

In realtà essa è soltanto un altro modo di ribadire che il diritto amministrativo sostanziale resta ancora dominato dal carattere impugnatorio del processo amministrativo, che cioè la forma della tutela giurisdizionale è il presupposto logico dell'intero sistema.

Note:

(*) Intervento al Convegno L'azione di nullità ed il giudice amministrativo, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli, Siena, Certosa di Pontignano, 22-23 giugno 2007.

(1) A. Piras, voce Invalidità (dir. amm.), in Enc. dir., Milano, 1972, vol. XXII, 597 ss., 604, che auspicava soprattutto, attraverso la categoria della nullità, un ampliamento del sindacato delle norme poste attraverso atti regolamentari degli enti territoriali.

(2) Sul fatto che la nullità come categoria generale del diritto sia da sempre al centro di problemi concettuali e sistematici di difficile soluzione cfr. R. Sacco, voce Nullità e annullabilità, in Dig. disc. priv., vol. XII, 1995, 293 ss., 294.

(3) G. Falcon, Lezioni di diritto amministrativo, vol. I, Padova, 2005, 145; ma cfr. anche Cons. Stato, parere 11 luglio 2001, n. 578; Tar Lazio, Sez. III, 9 febbraio 2006, n. 984.

(4) R. Villata, Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento, in questa Rivista, 1989, 369 ss. 385-386.

(5) Cass., 27 giugno 1961, n. 1553; 7 luglio 1977, n. 3024; 17 marzo 1981, n. 1553; 9 marzo 1982, n. 1475; 11 gennaio 2001, n. 338; 15 aprile 2002, n. 5420; 28 aprile 2004, n. 8135.

(6) R. Tommasini, voce Nullità (dir. priv.), in Enc. dir., vol. XXVIII, Milano, 1978, 866 ss., 899, nt. 187.

(7) Cfr. per tutti G. Passagnoli, Nullità speciali, Milano, 1995, 27 ss.

(8) Anche se va dato atto che non sono mancati dubbi e perplessità in merito alla nullità relativa; cfr. F. Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, IX ed., Napoli, 1971, 247.

(9) Cass., Sez. I, 13 aprile 1989, n. 1788.

(10) Cass. n. 6341/1987; n. 6177/1985; n. 5551/1984; n. 4220/1983; n. 2059/1983; n. 3198/1982; n. 4339/1980; in dottrina cfr. C. Mandrioli, Diritto processuale civile, vol. I, XIV ed., Torino, 2002, 52, 63-64; L. Lanfranchi, Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento, Milano, 1969; B. Sassani, Note sul concetto di interesse ad agire, Rimini, 1983; E. Fabiani, Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato, in Riv. dir. proc., 1998, 545 ss.

(11) Cass., Sez. II, 23 febbraio 1987, n. 1903.

(12) Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207. Secondo A. Proto Pisani, Dell'esercizio dell'azione, in Comm. cod. proc. civ., diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1081, e A. Attardi, Legittimazione ad agire, in Dig. disc. priv., Sez. civ., vol.

X, Torino, 1993, 532, i terzi potranno dedurre in giudizio la nullità del contratto se sono titolari di un rapporto giuridicamente dipendente da quello controverso, determinando l'eventuale pronuncia di nullità un'efficacia giuridica nei loro confronti.

(13) Anche se, stante la naturale elasticità delle due figure di invalidità, non mancano esempi di annullabilità assoluta, sulle quali cfr., con accenti notevolmente critici, L. Cariota Ferrara, Annullabilità assoluta e nullità relativa, in Studi in memoria di B. Scorza, Roma, 1940, 80 ss.

(14) Di nullità della nomina di un segretario provinciale, «per assoluta impossibilità giuridica dell'oggetto del provvedimento (circostanza che equivale alla mancanza di un elemento essenziale)», nel caso in cui manchi la previa assegnazione da parte dell'Agas, intesa come elemento essenziale e costitutivo, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2006, n. 4694. Ma cfr. anche Tar Sicilia, Palermo, 30 giugno 1981, n. 309; Tar Sicilia, Catania, Sez. II, 19 agosto 1988, n. 600, secondo cui la sottoscrizione costituisce un requisito essenziale dell'atto e non solo la sua mancanza, ma anche la sua illeggibilità (qualora non sia possibile risalire con certezza all'autore del segno grafico) determina la nullità dell'atto; in termini Tar Liguria, Genova, Sez. II, 7 febbraio 2007, n. 169. Si consideri invece la posizione restrittiva, tenendo presente poi che si è di fronte ad una violazione di attribuzioni di competenza disciplinate direttamente dalla Costituzione (art. 89 Cost.) assunta da Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6023, che ha ritenuto annullabile e non nullo un d.P.R. privo della sottoscrizione da parte del Ministro proponente, trattandosi di vizio procedimentale.

(15) F. Caringella, Corso di diritto amministrativo, tomo II, Milano, 2005, 1814, fa riferimento all'ipotesi di diniego nullo di un provvedimento ampliativo.

(16) F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo, ristampa con note di aggiornamento di G. Miele, Padova, 1960, 304 ss.; A. Travi, Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90, in Foro it., 1997, V, 168 ss.

(17) Tar Lazio, Roma, Sez. II, 5 gennaio 2006, n. 100.

(18) Cass. n. 1788/1989. Cfr. anche Trib. Milano, 6 novembre 1986, ove si afferma che i proponenti dell'azione popolare difettano di legittimazione attiva a proporre azione di nullità degli atti di acquisto di azioni della Gemini effettuati da Mediobanca. Alla luce di questa logica restrittiva si comprende la creazione pretoria della categoria delle delibere consiliari inesistenti, impugnabili, senza limiti di tempo, da chiunque sia individualmente interessato alla tutela della legalità degli atti sociali (Trib. Milano, 5 novembre 1987).

(19) Mentre l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 206/2005 stabilisce che «sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni», l'art. 101, comma 1, del medesimo decreto, afferma che «lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia».

(20) Sul punto D. Ponte, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007, 131 ss.

(21) Senza poi dimenticare che, ai fini del riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego, la giurisdizione del giudice amministrativo esercita una vis attrattiva nei confronti di quella parte della vicenda contenziosa che continua a svolgersi senza soluzione di continuità nel periodo in cui è subentrata la giurisdizione del giudice ordinario (Tar Umbria, Perugia, 10 aprile 2007, n. 302).

(22) Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 1, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 545, con nota di E. Cannada Bartoli, *Rilievi esegetici in tema di assunzione nulla, lavoro subordinato e Pubblica amministrazione*; in *Corr. giur.*, 1992, 797, con nota di A. Corpaci, *Alla ricerca di un punto di equilibrio tra tutela del lavoro e tutela della legalità dell'azione amministrativa*; nonché Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2, in *Foro it.*, 1993, III, 32, con nota di S. Cassese, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*; Cons. Stato, Ad. plen., 5 marzo 1992, nn. 5 e 6, in *Foro amm.*, 1992, 330 ss.; Cons. Stato, Ad. plen., 9 settembre 1992, n. 10, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 786, con nota di S. Tassone, *Osservazioni in tema di rilevanza di fatto del rapporto di pubblico impiego a seguito di assunzione nulla per violazione di norme imperative*. Immensa la giurisprudenza successiva che si è allineata a questo orientamento; cfr., tra le sentenze più rilevanti, Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 1995, nn. 1457 e 1462; Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 1996, n. 304; Cons. giust. amm. sic., 25 ottobre 1996, n. 371; Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 1997, n. 829; Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 1998, n. 282; Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4134; Cons. Stato, Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2272; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2002, n. 4942; Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6717; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 10 giugno 2004, n. 9357.

(23) Ad. plen. n. 2/1992.

(24) È essenzialmente l'interesse al contenimento della spesa pubblica a suggerire il mutamento di rotta da parte della giurisprudenza. A. Corpaci, op. cit., 801, illustra numerose occasioni in cui il giudice amministrativo si è mostrato poco sensibile ad ammettere in sede di giurisdizione esclusiva azioni di accertamento quando a beneficiarne sia, non tanto l'interesse connesso all'amministrazione, come nelle ipotesi decise dall'Adunanza plenaria, bensì quello di cui sia portatore il pubblico impiegato. Sull'impostazione restrittiva tuttora seguita in giurisprudenza cfr. anche B. Tonoletti, Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti, in Studi in onore di U. Pototschnig, Milano, 2002, vol. II, 1471 ss.; cfr., in tema, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2003, n. 3281, che ha dichiarato inammissibili le domande volte ad ottenere l'accertamento dell'unicità del rapporto di lavoro, il diritto a percepire alla fine del rapporto un'unica indennità di anzianità e il diritto della ricorrente ad essere immessa nei ruoli del Comune, sulla base della mancata impugnazione entro il termine decadenziale delle clausole disciplinanti il rapporto di lavoro.

(25) Detto per inciso, la valorizzazione pretoria della nullità testuale è una reazione, eccessiva, ad un preesistente orientamento giurisprudenziale errato, in base al quale il rapporto di impiego pubblico si instaurava anche senza nessuna nomina e senza alcuna procedura di assunzione, essendo sufficiente che l'inserimento nell'organizzazione fosse avvenuto per fatti concludenti. Su tale orientamento giurisprudenziale favorevole ad accogliere la domanda di accertamento del rapporto di pubblico impiego, rilevando la sussistenza dei c.d. indici rivelatori di tale rapporto, cfr. I. Colzi, Elementi di rilievo del rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze della pubblica amministrazione, in Foro amm., 1996, 917 ss., 918-919.

(26) Tra le pronunce più importanti sulla rilevabilità officiosa della nullità nella sola ipotesi di domanda di adempimento del contratto cfr. Cass., 20 dicembre 1958, n. 3937, in Giur. it., 1959, I, 1, 760; Cass., 18 aprile 1970, n. 1127, in Foro it., 1970, I, 1907, con nota di A. Proto Pisani e in Foro pad., 1971, I, 742, con nota di N. Irti, Risoluzione di contratto nullo; 28 gennaio 1972, n. 244; 29 aprile 1976, n. 1532; 16 novembre 1978, n. 5295; 23 febbraio 1987, n. 1903; 12 agosto 1987, n. 6899; 11 marzo 1988, n. 2398; 9 febbraio 1994, n. 1340; 8 gennaio 2000, n. 123; 5 novembre 2001, n. 13628; 14 gennaio 2003, n. 2435; 26 maggio 2006, n. 12627; 6 ottobre 2006, n. 21632; 8 gennaio 2007, n. 89.

(27) Sempre che non si tratti di eccezioni in senso stretto, per cui la legge richiede l'espressa manifestazione di volontà processuale della parte interessata.

(28) Cass., 12 agosto 1987, n. 6899; Cass., 18 gennaio 1991, n. 435.

- (29) G. Filanti, Inesistenza e nullità del negozio giuridico, Napoli, 1983, 36, 110, 135 ss.; ma anche la voce Nullità, I) Diritto civile, in Enc. giur., vol. XXI, 1990, 9-10.
- (30) Da ultimo e riassuntivamente M. D'Auria, Nullità e potere del giudice ex art. 1421 c.c.: profili problematici, in Giur. it., 2007, 2.
- (31) Come afferma, invece, R. Tommasini, voce Nullità, cit., 880.
- (32) L'obiezione è di G. Filanti, voce Nullità, cit., 10.
- (33) Cons. Stato, Sez. IV, n. 1190/1996. In questo senso, in dottrina, cfr., F. Cardarelli e V. Zeno Zencovich, Osservazioni sulla «nullità» del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla «nullità» civilistica, in www.giustamm.it; possibilista sembra F. Caringella, Corso di diritto amministrativo, cit., 1820-1821, il quale osserva altresì che, se si aderisce alla tesi secondo cui la rilevazione della nullità è condizionata ad una reazione tempestiva nel termine decadenziale in caso di interessi legittimi, tale conclusione non è coniugabile con la rilevabilità d'ufficio.
- (34) Da tempo una parte della dottrina sostiene siffatta posizione; cfr. N. Irti, Risoluzione di contratto nullo, cit., 746; R. Sacco, voce Nullità, cit., 306, secondo cui il giudice dovrebbe rilevare sempre la causa di nullità, non solo perché lo impone la legge, ma anche perché lo esige la logica («se così non fosse, non si vedrebbe in che consista il compito del giudice, di qualificare d'ufficio le fattispecie che gli sono sottoposte»); C.M. Bianca, Diritto civile, vol. III, Milano, 1987, 590; C. Consolo, La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma «ad ogni effetto» il giudicato), in Corr. giur., 2006, 1418.
- (35) Cass. civ., Sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, in Corr. giur., 2005, 962, con nota di V. Mariconda, La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?; pronuncia seguita poi da Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356, ma cfr. già, con specifico riferimento alla domanda di risoluzione del contratto, Cass., 6 marzo 1970, n. 578; Cass., 28 gennaio 1986, n. 550, e, in relazione ad una domanda di annullamento, Cass., 2 aprile 1997, n. 2858.
- (36) R. Sacco, Le invalidità, in Trattato di diritto civile, diretto dallo stesso Autore, Torino, 1993, vol. II, 531 ss.; Id., voce Nullità, cit., 306; A. Albanese, Violazione di norme imperative e nullità del contratto, Napoli, 2003, 36 ss.
- (37) G. Iudica, Impugnative contrattuali e pluralità di interessati, Padova, 1973, 105 ss.; R. Sacco, voce Nullità, cit., 306.
- (38) «Premesso che con la locuzione pregiudiziale in senso logico si indica il fatto costitutivo del diritto che si fa valere davanti al giudice (c.d. punto pregiudiziale) o,

come si sostiene in dottrina, il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio, è indubbio che, in base ad una tesi costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima (c.d. giudicato implicito)»; così Cass., Sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170.

(39) «Va in ogni caso escluso che il giudicato possa intendersi riferito non già alle ragioni concretamente poste a base della domanda e divenute oggetto di discussione, bensì estese sempre e comunque con riferimento all'intero rapporto dedotto in giudizio» (Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356).

(40) C. Consolo, *La Cassazione*, cit.

(41) Interessante a tal proposito è Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 14 marzo 2005, n. 1354.

(42) F. Caringella, *Corso*, cit., 1819; D. Ponte, *La nullità*, cit., 191; M. D'Orsogna, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 359 ss., 371-372. Si osservi poi che la riforma del diritto societario ha previsto un termine di tre anni, con l'eccezione di particolari ipotesi, per far valere l'azione di nullità delle delibere societarie (art. 2379, comma 1, c.c.).

(43) Da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244.

(44) Si è già detto che l'unico caso in cui sicuramente si amplia la tutela del privato è quello della violazione ed elusione del giudicato, perché si impedisce che l'atto divenga inoppugnabile per scadenza del termine di impugnazione. Nella generale logica «penalizzante» per il privato si inserisce altresì Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 22 gennaio 2002, n. 79, che ha ritenuto nulli per incompetenza assoluta gli atti del Coreco, in quanto organo che ha cessato di esistere. Questa decisione in cui si fa applicazione della carenza di potere in assoluto non tutela, come a prima vista potrebbe apparire, gli interessi del privato, dal momento che se gli atti di controllo sono nulli ne consegue l'immediata esecutività delle deliberazioni oggetto del controllo, con il correlativo onere dell'immediata impugnatività, a nulla valendo il convincimento soggettivo che tali deliberazioni fossero prive di effetti in quanto annullate in sede tutoria; con la conseguenza che il ricorso per l'annullamento delle decisioni del Coreco è stato ritenuto irricevibile per tardività.

(45) Cons. Stato, Sez. V, 16 luglio 1984, n. 552, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 91. La massima viene ripetuta con lievi variazioni da numerosissime pronunce, recentissime e risalenti.

(46) Da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173.